

## **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva**

Las *inhabilidades* son prohibiciones para concurrir a los procedimientos de selección y para contratar con el Estado, que se derivan de: i) la existencia de comportamientos reprochables o sanciones anteriormente impuestas, ii) vínculos personales relativos al parentesco o al estado civil o iii) una actividad u oficio que se desempeñó en el pasado. De otro lado, las *incompatibilidades* son prohibiciones para participar en los procedimientos de selección y para celebrar contratos estatales, fundadas en la presencia de una calidad que ostenta el sujeto interesado en realizar alguna de dichas actividades, que no puede coexistir con su calidad de proponente o contratista del Estado.

[...]

Ahora bien, al ser las inhabilidades e incompatibilidades –como ya se dijo– restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, la interpretación de las causales que las integran debe ser restrictiva, pues si se admitiera una interpretación amplia, extensiva o finalista de las mismas, tales enunciados normativos podrían cobijar múltiples supuestos indeterminados, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio.

## **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación – Sanción y prevención**

En la aplicación del régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, sobresale la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, «[...] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante»; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

## **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios**

En cuanto a las destinatarias de la norma objeto de consulta, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada, las demás sociedades de personas y a las sociedades anónimas,

respecto a estas últimas, precisa que se refiere a aquellas que «no tengan el carácter de abiertas».

Aunado a lo anterior, y considerando que la Ley 80 de 1993 no constituye la única normativa que contiene restricciones en materia contractual, conviene agregar que el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015, para efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, precisa que «[...] las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario», en suma, las destinatarias de la norma serán aquellas sociedades anónimas cerradas, es decir, que no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, en consecuencia, no negocian sus acciones en el mercado público de valores.

### **SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS – Inhabilidades e incompatibilidades - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios**

Si bien es cierto las sociedades por acciones simplificadas se enmarcan dentro de las sociedades de capitales, y el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 prohíbe a las sociedades por acciones simplificadas negociar valores en el mercado público, así como inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, aspecto que coincide con una de las características de las sociedades anónimas cerradas, y en materia tributaria unas y otras se rigen por las mismas reglas, las sociedades por acciones simplificadas y las anónimas no pueden equipararse, como quiera que tienen diferenciada su constitución, forma de funcionamiento, transformación, disolución, entre otros aspectos propios y característicos de cada una, en consecuencia, se trata de distintos tipos societarios.

### **INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Servidor público – Parientes – Participación**

El literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, prohíbe a las entidades públicas contratar con las personas jurídicas que allí se señalan –corporación, asociación, fundación, sociedad anónima distinta de las abiertas, sociedad de responsabilidad limitada y sociedades de personas– en las cuales el servidor público vinculado a la respectiva entidad estatal en cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo, como miembro de junta directiva, o sus familiares, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo. En este sentido, la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que “(...) la incompatibilidad se establece por el ejercicio del cargo que tiene el servidor público o sus parientes en la entidad contratante y el cargo de dirección o manejo en la persona jurídica contratista, o por su participación en esta última (o la de sus parientes).



Sobre la participación del servidor público o sus parientes en la persona jurídica, la doctrina ha calificado que esta puede darse a cualquier título, teniendo en cuenta que el legislador no hizo distinción.



Bogotá D.C., 23 Abril 2024



Señora

**Paola Silva Bermúdez**

Bogotá D.C.

### Concepto C -039 de 2024

#### Temas:

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Concepto – Principio de legalidad – Interpretación restrictiva / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Régimen – Doble connotación – Sanción y prevención / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios / SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS – Inhabilidades e incompatibilidades - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Destinatarios / INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) – Servidor público – Parientes – Participación

#### Radicación:

Respuesta a consulta P20240307002571

Estimada señora Silva Bermúdez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8°, y 3°, numeral 5°, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 6 de marzo de 2024.

#### 1. Problemas planteados



Departamento Nacional  
de Planeación - DNP

**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**  
Tel. (601)7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



[WWW.COLOMBIACOMPRO.GOV.CO](http://WWW.COLOMBIACOMPRO.GOV.CO)

Su solicitud se relaciona con el literal d), del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que dispone lo siguiente:

“d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo”.

En relación con el referido literal, usted realiza las siguientes preguntas:

- i) “La prohibición de la que trata el literal d), del numeral 2do del artículo 8vo de la Ley 80 de 1993 para contratar con la entidad respectiva en los casos allí previstos, ¿se refiere a la participación directa e indirecta que el funcionario público o los familiares dentro los grados de parentesco allí especificados tuvieron con aquel? ¿O la inhabilidad se circunscribe únicamente a casos de participación directa, excluyendo la participación indirecta?”.
- ii) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿cuál es el alcance del concepto “participación indirecta” en materia de inhabilidades para contratar con el Estado?”.
- iii) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿la participación indirecta se predica respecto de todos los tipos de sociedades o por el contrario se limita a las sociedades de personas?”.
- iv) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿quedan comprendidos dentro de la inhabilidad los beneficiarios finales de sociedades anónimas de carácter no abierto?”.

## 2. Consideraciones



En ejercicio de las competencias de los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública<sup>1</sup>. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, enjuiciar la validez de la actuación de las entidades públicas o de los particulares ni, mucho menos, calificar conductas con presunta incidencia penal, fiscal o disciplinaria, especialmente, cuando existen órganos especializados para estas materias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia –dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. De esta forma, se analizarán los siguientes temas: i) régimen de inhabilidades e incompatibilidades, profundizando en la interpretación restrictiva como criterio hermenéutico de los enunciados normativos gravosos y la reserva de ley en la creación de causales de inhabilidades e incompatibilidades y ii) destinatarias del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el ejercicio de su competencia consultiva, ha estudiado la naturaleza jurídica

---

<sup>1</sup> La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, señalando que constituyen un límite a la capacidad contractual; además de ello, ha profundizado en la forma de interpretación de estas restricciones. Dicho estudio se puede apreciar en los conceptos con radicados No. 4201912000004765 de 29 de agosto de 2019, 4201913000005694 del 3 de octubre de 2019, 4201912000006288 del 7 de septiembre de 2019, 4201912000006259 del 13 de noviembre de 2019, 4201913000006917 del 21 de noviembre de 2019, 4201912000006978 del 25 de noviembre de 2019, 4201912000007291 del 3 de diciembre de 2019, 4201912000007281 del 5 de diciembre de 2019, 4201912000007060 del 11 de diciembre de 2019, 4201912000007512 del 16 diciembre de 2019, 4201912000008460 del 14 de febrero de 2020, C-032 del 19 de febrero de 2020, C-402 del 26 de junio de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020, C-386 del 24 de julio de 2020, C-585 del 14 de septiembre de 2020, C-592 del 14 de septiembre de 2020, C-551 de 24 de septiembre de 2020, C-709 del 7 de diciembre de 2020, C-721 de 14 de diciembre de 2020, C-004 del 12 de febrero de 2021, C-815 del 18 de febrero de 2021, C-047 del 8 de marzo de 2021, C-113 del 30 de marzo de 2021, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-178 del 28 de abril de 2021, C-190 del 30 de abril de 2021, C-210 del 12 de mayo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021, C-293 del 28 de junio de 2021, C-321 del 2 de julio de 2021, C-410 del 7 de julio de 2021, C-491 del 14 de septiembre de 2021, C-522 del 1 de octubre de 2021, C-128 del 25 de marzo de 2022, C-252 del 3 de mayo de 2022, C-376 del 14 de junio de 2022, C-413 del 24 de junio de 2022, C-691 del 20 de octubre de 2022, C-731 del 10 de noviembre de 2022, C-928 del 26 de enero de 2023, C-126 del 24 de abril de 2023, C-175 del 4 de mayo de 2023, C-234 del 5 de julio de 2023, C-010 del 31 de enero de 2024, entre otros.

Asimismo, en los conceptos C-032 del 19 de febrero de 2020, C-122 del 30 de marzo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021 y C-028 del 28 de febrero de 2022, esta Agencia analizó la restricción contenida en el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Algunos de los argumentos expuestos en estos conceptos se retoman y complementan a continuación:

## 2.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación pública responde al propósito de asegurar que la actividad de adquisición y provisión de



bienes y servicios por parte de las entidades estatales se efectúe cumpliendo con los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, especialmente con probidad y transparencia. Por ello, como lo ha destacado la doctrina, las inhabilidades e incompatibilidades se han convertido en herramientas en la lucha contra la corrupción, adoptando paulatinamente un carácter sancionatorio o “neopunitivo”<sup>2</sup>. Si bien no todas las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son consecuencia de una medida de reproche ni de una sanción previa, es indiscutible que en los años más recientes los lamentables hechos de corrupción han generado como respuesta del legislador, un incremento de las restricciones a la capacidad contractual, dirigidas a prevenir este tipo de situaciones o a sancionar tales conductas.

Ahora bien, las inhabilidades e incompatibilidades, al ser restricciones o límites especiales a la capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos estatales, solo pueden tipificarse en la ley y su interpretación debe ser *restrictiva*<sup>3</sup>. De admitirse una interpretación extensiva, tales enunciados normativos podrían contemplar múltiples supuestos indeterminados, adquiriendo un cariz subjetivo, según el parecer o el sentido común de los operadores jurídicos, poniendo en riesgo principios como la igualdad, el debido proceso, la libre concurrencia y el ejercicio de la profesión u oficio. Tal ha sido la postura al interior de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En efecto, el máximo tribunal constitucional ha indicado que, al tratar de precisar el sentido de este tipo de normas, “[...] el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas”<sup>4</sup>. Por su parte, el Consejo

---

<sup>2</sup> BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción. En: ALVIAR GARCÍA, Helena (Coordinadora). Nuevas tendencias del Derecho administrativo. Bogotá: Universidad de los Andes; Temis, 2016. pp. 63-99.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 69

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1039 de 2006. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. La Corte ha mantenido este criterio en las sentencias: C-903 de 2008. Magistrado Ponente:



de Estado también ha acogido este criterio, considerando –como expresa la Sala de Consulta y Servicio Civil–, que “La interpretación restrictiva de las normas que establecen inhabilidades constituye una aplicación del principio del Estado de Derecho previsto en el artículo 6° de la Constitución, según el cual “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” lo que se traduce en que pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido”<sup>5</sup>. En tal sentido, la Sección Tercera ha señalado que:

[...] de conformidad con la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Corporación, la aplicación de las normas que contemplan inhabilidades e incompatibilidades, como en general de todas aquellas que comportan prohibiciones o limitaciones, deben responder a una interpretación restrictiva que no permite su extensión, por vía de la figura de la analogía, a supuestos no contemplados por el ordenamiento<sup>6</sup>.

En el mismo sentido ha expuesto que:

[...] la aplicación de estos preceptos exige una interpretación restrictiva, dado que según el principio hermenéutico pro libertate, entre varias interpretaciones posibles de una norma que regula una inhabilidad, debe preferirse aquella que menos limita el derecho de las personas; en otros términos, se encuentra prohibida constitucionalmente la interpretación extensiva de las causales de inhabilidad, toda vez que las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, pues de hacerlo se vulnerarían los derechos fundamentales al debido proceso (art. 29 CN) y a la igualdad (art. 13 Ibid.); [...]<sup>7</sup>.

---

Jaime Araujo Rentería; C-101 de 2018. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado; entre otras.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de abril de 2015. Expediente: 2251. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de junio de 2015. Exp. 40.635. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón (E).

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 22 de mayo de 2013. Exp. 24.057. Consejera Ponente: Olga Melida Valle De La Hoz.



De igual forma, la Corte Constitucional en jurisprudencia<sup>8</sup> citada a su vez por el Consejo de Estado<sup>9</sup>, se ha referido al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, destacando de este la prevalencia del interés general sobre el particular y su doble connotación, como quiera que no solo puede ser consecuencia de una sanción sino también erigirse con una finalidad preventiva que busca asegurar la no afectación del interés general, en suma, “[...] la inhabilidad no es una pena sino una garantía de que el comportamiento anterior no afectará el desempeño de la función o cargo, de protección del interés general y de la idoneidad, probidad y moralidad del aspirante”<sup>12</sup>; en este sentido, en el ámbito contractual se propende por la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, sin condiciones anteriores o injerencia de intereses que afecten la misma, de modo que se salvaguarda el principio de transparencia y con ello la consecución en general de los fines que rigen la función pública.

Como se aprecia, el principio *pro libertate* es el que debe dirigir la interpretación de las disposiciones normativas que consagran restricciones de derechos, como sucede con las causales de inhabilidad e incompatibilidad en la contratación estatal. Además, en relación con la determinación de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la Corte Constitucional ha resaltado que la competencia para determinar qué hechos o situaciones generan inhabilidades o incompatibilidades para contratar con el Estado la tiene el legislador, pues este régimen es un aspecto propio del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, cuya expedición compete al Congreso de la República, conforme al artículo 150 de la Constitución Política, y que en esta materia rige el principio de legalidad:

[...]

Las limitaciones y restricciones que se contienen en el citado estatuto, predicables de la relación Estado-particulares y que afectan los diversos momentos de formación, celebración y ejecución de los contratos

---

<sup>8</sup> Sentencia C- 373 de 2002, Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño; sentencia C-325 de 2009, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>9</sup> Sentencia 00111 del 13 de junio de 2019 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta 00111 del 13 de junio de 2019, Consejera ponente Rocío Araújo Oñate.



estatales, se refieren a una faceta de la actividad del Estado y en la que se contempla, en los términos de la ley, una especial modalidad de participación o colaboración de los particulares en su papel de contratistas. La ley demandada recae sobre una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (CP art. 6).

[...]

Se comprende con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual. El legislador, a quien se ha confiado expedir el indicado estatuto, tiene, pues, competencia para establecerlo (CP art. 150)<sup>10</sup>.

En suma, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se origina en la prerrogativa legislativa, obedece al principio de legalidad y su interpretación es restrictiva, como quiera que su aplicación implica limitaciones para el acceso a cargos o ejercicio funciones públicas y para participar en procesos de contratación pública adelantados por las entidades estatales, según sea el caso.

## **2.2 Destinatarias del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, numeral 2, literal d) y aspectos diferenciadores entre algunas sociedades comerciales**

Considerando la restricción que consagra la norma objeto de consulta, conviene recordar que si bien es cierto tanto las inhabilidades como las incompatibilidades entrañan una restricción, concretamente las incompatibilidades, de acuerdo con algunos antecedentes jurisprudenciales, se erigen en virtud del cargo, las funciones o las responsabilidades que se desempeñan y que pueden llegar a afectar la futura contratación, en ese sentido, el alto tribunal constitucional ha precisado que:

[...] las incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros

---

<sup>10</sup> *Ibid.*



cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado<sup>11</sup>.

Con el referido propósito, el artículo 8, numeral 2, literal d) de la Ley 80 de 1993, señala:

Artículo 8o. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

[...]

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

[...]

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

De acuerdo con la norma transcrita, algunas sociedades estarán inhabilitadas para contratar con la entidad a la que pertenezca un servidor público que: i) corresponda al nivel directivo, asesor, ejecutivo o miembro de la junta o consejo directivo de la entidad contratante y ii) que tenga participación en esas personas jurídicas o ejerza un cargo de dirección o manejo.

En cuanto a la identificación de las sociedades a las que alude la norma, resulta necesario iniciar con la definición misma de sociedad comercial, contenida

---

<sup>11</sup> Sentencia C-181 de 1997, Magistrado ponente Fabio Morón Díaz.



en el Código de Comercio, especialmente en los artículos 98<sup>12</sup> y 100, de conformidad con los cuales, respectivamente: i) existe contrato de *sociedad comercial* cuando dos o más personas aportan dinero, trabajo u otro bien, con el fin de repartirse las utilidades; y ii) se entiende que son comerciales las sociedades creadas para ejecutar actos o empresas mercantiles<sup>13</sup>.

Sobre el primer aspecto, hay que señalar que, como regla general, las sociedades requieren un número plural de socios –regla que perdió carácter absoluto, dada la posible existencia de sociedades unipersonales–; además, cada socio debe hacer aportes a la sociedad; y los socios deben tener ánimo de lucrarse con el desarrollo de la actividad que constituya el objeto social, que en este caso se representa en la vocación de repartir utilidades. De esta manera, se trata de elementos y requisitos necesarios para que exista el contrato de sociedad y, por tanto, la sociedad comercial.

En cuanto a los tipos o clases de sociedades comerciales, se encuentran reguladas en leyes especiales, y algunas atípicas, pues en el Código de Comercio no están todas las sociedades que se pueden constituir. Según cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, estas se pueden clasificar en: i) sociedades de capital y ii) sociedades de personas. Sin embargo, el Código de Comercio no establece o instituye positivamente esta clasificación; no obstante, su vigencia y validez es indiscutida en el ámbito mercantil, aunque esta clasificación no es la única posible. La doctrina del derecho comercial, tanto nacional como extranjera, propone otras, atendiendo a diversos aspectos o características de las sociedades.

---

<sup>12</sup> “Art. 98. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

<sup>13</sup> “Art. 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

“Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comercia/es y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

De las clasificaciones propuestas, como se indicó, es bastante generalizada y aceptada aquella que las divide en “sociedades de personas” y “sociedades de capital”, y ocasionalmente algunas normas del ordenamiento jurídico la usan para los efectos que estiman pertinentes. En este sentido, profundizando esta clasificación, las últimas se caracterizan porque lo más importante son los aportes económicos, es decir, las acciones y no las personas *–intuitus rei–*, porque no importa mucho de quién sean las acciones<sup>14</sup>. En cambio, las sociedades de personas se caracterizan porque quienes las conforman *–los socios–* determinan la existencia de la sociedad, usualmente, representadas en personas que se conocen y tienen relación entre sí *–intuitus personarum–*<sup>15</sup>. No obstante, en ambos casos existen socios y además se necesita capital o aportes; solo que dependiendo de la clasificación la relevancia se sitúa en uno de los dos elementos.

Al grupo de las “sociedades de personas” pertenecen, por ejemplo, las sociedades colectivas y en comandita simple. Al grupo de las “sociedades de capital” pertenecen, por ejemplo, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones y las sociedades por acciones simplificadas *–SAS–*. Lo anterior sin desconocer que la clasificación no siempre es pacífica, toda vez que, aunque frente a algunas de ellas coincide la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con algunas de ellas hay un fuerte debate, como sucede con las sociedades limitadas.

Incluso, parte de la doctrina del derecho comercial estima que en esta clasificación cabe un tipo mixto: “sociedades de naturaleza mixta”, que

---

<sup>14</sup> Para José Ignacio Narváez en las sociedades de capital “[...] una vez efectuados los aportes, los asociados pasan la penumbra y son inadvertidos o carecen de importancia para los terceros, en razón de que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones [...] y por tal virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana” (NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Bogotá: Ed. Legis. 1998. p. 74).

<sup>15</sup> Para el mismo autor citado antes “En las de personas los socios se conocen y cada uno es el punto de referencia de los demás consocios, por la confianza recíproca que existe entre ellos. Se forma *intuitus personarum*, es decir, por razón de las personas o en consideración a ellas, elemento que tiene importancia para los terceros, porque frente a ellos se obliga no solo la persona jurídica sino también los socios [...], y para que un socio pueda transferir o ceder su parte de interés en la sociedad a un tercero, se exige el consentimiento de los demás socios”. (Ibid., p. 73-74).

corresponden a aquellas donde las acciones o el capital es tan importante como las personas que conforman la sociedad, complejizando esta clasificación, como es el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

No obstante, la dificultad que ofrezca la clasificación que se adopte, para organizar la pertenencia de cada sociedad al respectivo grupo, en cualquiera de los casos debe estar ante "sociedades", es decir, ante sujetos u organizaciones que forman una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, como lo dispone el artículo 98 del Código de Comercio: "Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social".

Ahora bien, sin perjuicio de las discusiones doctrinarias, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sociedades comerciales se clasifican en dos grandes categorías: sociedades de capital y sociedades de personas. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2010, señaló: "Desde el punto de vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones".

Considerando la clasificación de las sociedades comerciales, en las categorías señaladas –sociedades de capital y sociedades de personas– en relación con las sociedades por acciones simplificadas –SAS– la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en diferentes conceptos<sup>16</sup>, señaló que el artículo 3 de la Ley 1258 de 2018, dispone que esta es una sociedad de capitales y, por lo tanto, no le aplica la prohibición prevista en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior en la medida que una SAS corresponde a un tipo societario diferente a las anónimas y de responsabilidad

---

<sup>16</sup> Al respecto ver los conceptos C-032 del 19 de febrero de 2020, C- 122 del 30 de marzo de 2021, C-275 del 11 de junio de 2021 y C-028 del 28 de febrero de 2022, disponibles en la relatoría de esta Agencia en el siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>

limitada, además de que no se trata de una sociedad de personas<sup>17</sup>.

En efecto, teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas en la ley<sup>18</sup>, la norma expresa taxativamente señala el tipo de sociedades que están incurso en esa causal. Así las cosas, en cuanto a las destinatarias de la norma objeto de consulta, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada, las demás sociedades de personas y a las sociedades anónimas, respecto a estas últimas, precisa que se refiere a aquellas que “no tengan el carácter de abiertas”.

Al respecto, los artículos 373 y siguientes del Código de Comercio regulan lo

---

<sup>17</sup> En ese mismo sentido, puede observarse el pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades, en el oficio No. 220- 087303 del 16 de agosto de 2019, en el que señaló que las inhabilidades son de aplicación excepcional y restrictivo y por lo tanto, no pueden ser impuestas a los socios de una sociedad de capitales como lo es la sociedad por acciones simplificadas:

En estas disposiciones se establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales, que constituye una persona jurídica distinta de los socios y, por lo tanto, estos son terceros respecto de los contratos que celebre el ente societario; que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado es de índole excepcional y aplicación restrictiva, en la medida en que limitan la capacidad jurídica de las personas; que las causales están previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y en los artículos 5 y 90 de la Ley 1474 de 2011, y que la sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de la profesión impuesta a uno de los socios no está consagrada como causal de inhabilidad para que la sociedad de capitales participe en procesos de selección y contrate con entidades estatales.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2414 del 23 de abril de 2019. Consejero ponente: Edgar González López: “Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 60. de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido”.



concerniente a las sociedades anónimas, su constitución<sup>19</sup> y funcionamiento<sup>20</sup>, que no podrán efectuarse con menos de cinco accionistas, así como otros aspectos propios de este tipo de sociedades, siendo importante destacar que el ordenamiento jurídico colombiano admite dos tipos: i) la abierta, que participa en el mercado público de valores y ii) la cerrada, que no negocia sus acciones en dicho mercado. Al respecto, la Corte Constitucional se ha referido a los aspectos comunes y diferenciadores entre estos dos tipos de sociedades, así:

[...]

Consagra la legislación colombiana dos clases de sociedades anónimas. Ambas, por ser anónimas, guardan en común esencialmente el elemento asociativo, el ánimo de lucro, la limitación de la responsabilidad de sus socios hasta el monto de sus respectivos aportes y la forma en que está constituido el capital social, es decir, en acciones. La diferencia entre unas y otras sociedades anónimas reside justamente en que dichas acciones sean o no negociadas en el mercado público de valores. En adelante –acogiendo una estipulación doctrinaria que no pretende zanjarse en esta providencia- se denominará sociedad anónima abierta aquella que negocia sus acciones en el mercado público de valores, y cerrada la que no lo hace.

[...]

La ley colombiana le ha dispensado tratamientos diversos a ambos tipos de sociedad anónima. En materia de contratación, por ejemplo, como ya se anotó, la ley establece una inhabilidad para contratar con el Estado exclusivamente para las sociedades anónima cerradas -no para las abiertas- en las que “el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga

---

<sup>19</sup> Artículo 373 del Código de Comercio: “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras “Sociedad Anónima” o de las letras “S A.”

Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones, sociales que se celebren”.

<sup>20</sup> Artículo 374 del Código de Comercio: “La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”.



participación o desempeñe cargos de dirección o manejo”<sup>21</sup>.

Aunado a lo anterior, y considerando que la Ley 80 de 1993 no constituye la única normativa que contiene restricciones en materia contractual, conviene agregar que el artículo 2.2.1.1.2.2.8 del Decreto 1082 de 2015, para efectos del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, precisa que “[...] las sociedades anónimas abiertas son las inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, a menos que la autoridad competente disponga algo contrario o complementario”, en suma, las destinatarias de la norma serán aquellas sociedades anónimas cerradas, es decir, que no se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, en consecuencia, no negocian sus acciones en el mercado público de valores.

Conforme con lo anterior, la normas transcrita prohíbe a las entidades públicas contratar con las personas jurídicas que allí se señalan –corporación, asociación, fundación, sociedad anónima distinta de las abiertas, sociedad de responsabilidad limitada y sociedades de personas– en las cuales el servidor público vinculado a la respectiva entidad estatal en cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo, como miembro de junta directiva, o sus familiares, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo. En este sentido, la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que “[...] la incompatibilidad se establece por el ejercicio del cargo que tiene el servidor público o sus parientes en la entidad contratante y el cargo de dirección o manejo en la persona jurídica contratista, o por su participación en esta última (o la de sus parientes).

Sobre la participación del servidor público o sus parientes en la persona jurídica, la doctrina ha calificado que esta puede darse a cualquier título, teniendo en cuenta que el legislador no hizo distinción. Sobre el particular se dispone:

Obsérvese que la norma inhabilita a la persona jurídica para contratar con el Estado o participar en el proceso de escogencia de contratistas simplemente por la participación que a cualquier título tenga el servidor público que desempeñe cargo de dirección o manejo en dicha persona jurídica. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque el legislador



no califica expresamente dicha participación; de ahí el cuidado que se debe tener, por lo amplio del concepto<sup>22</sup>.

En relación con la participación, que puede ser “a cualquier título” considerando que el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no define su alcance, es posible acercarse a su definición a través de las pautas hermenéuticas del artículo 28 del Código Civil, pues “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, el diccionario de la Real Academia Española define la palabra “participación” aludiendo a la “1. F. Acción y efecto de participar”, “5. F Econ “Parte que se posee en el capital de una negocio o de una empresa”.

Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades ostenta una naturaleza taxativa y restrictiva que no permite hacer extensiones de su contenido o de los destinatarios de sus disposiciones, en tal virtud, al no mencionarse el título de participación que debe tener el servidor público o sus parientes en la persona jurídica, esta debe entenderse que puede darse “a cualquier título”, tal como lo ha señalado la doctrina.

De otra parte, resulta necesario tener en cuenta una salvedad a la restricción que se ha estudiado, consagrada en el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, precisando que no se aplicará la limitación prevista en el literal d del ordinal 2 del artículo ibídem a las «[...] corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades [...] cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo», entendiendo que los intereses que representaría el servidor público no serían particulares sino propios de la entidad a la que pertenece.

### 3. Respuestas

- i) “La prohibición de la que trata el literal d), del numeral 2do del artículo 8vo de la Ley 80 de 1993 para contratar con la entidad respectiva en

---

<sup>22</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indevida”. Tomo IV.



los casos allí previstos, ¿se refiere a la participación directa e indirecta que el funcionario público o los familiares dentro los grados de parentesco allí especificados tuvieran con aquel? ¿O la inhabilidad se circunscribe únicamente a casos de participación directa, excluyendo la participación indirecta?”.

- ii) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿cuál es el alcance del concepto “participación indirecta” en materia de inhabilidades para contratar con el Estado?”.

Teniendo en cuenta la unidad de materia entre las preguntas uno (1) y dos (2) estas se responderán de forma conjunta en los siguientes términos:

El literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, prohíbe a las entidades públicas contratar con las personas jurídicas que allí se señalan –corporación, asociación, fundación, sociedad anónima distinta de las abiertas, sociedad de responsabilidad limitada y sociedades de personas– en las cuales el servidor público vinculado a la respectiva entidad estatal en cargos del nivel directivo, asesor o ejecutivo, como miembro de junta directiva, o sus familiares, tengan participación o desempeñen cargos de dirección o manejo. En este sentido, la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha manifestado que “(...) la incompatibilidad se establece por el ejercicio del cargo que tiene el servidor público o sus parientes en la entidad contratante y el cargo de dirección o manejo en la persona jurídica contratista, o por su participación en esta última (o la de sus parientes).

Sobre la participación del servidor público o sus parientes en la persona jurídica, la doctrina ha calificado que esta puede darse a cualquier título, teniendo en cuenta que el legislador no hizo distinción. Sobre el particular se dispone:

Obsérvese que la norma inhabilita a la persona jurídica para contratar con el Estado o participar en el proceso de escogencia de contratistas simplemente por la participación que a cualquier título tenga el servidor público que desempeñe cargo de dirección o manejo en dicha persona jurídica. Esto es muy importante tenerlo en cuenta, porque el legislador no califica expresamente dicha participación; de ahí el cuidado que se debe tener, por lo amplio del concepto.



En relación con la participación, que puede ser “a cualquier título” considerando que el literal d) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no define su alcance, es posible acercarse a su definición a través de las pautas hermenéuticas del artículo 28 del Código Civil, pues “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, el diccionario de la Real Academia Española define la palabra “participación” aludiendo a la “1. F. Acción y efecto de participar”, “5. F Econ “Parte que se posee en el capital de una negocio o de una empresa”.

Teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades ostenta una naturaleza taxativa y restrictiva que no permite hacer extensiones de su contenido o de los destinatarios de sus disposiciones, en tal virtud, al no mencionarse el título de participación que debe tener el servidor público o sus parientes en la persona jurídica, esta debe entenderse que puede darse “a cualquier título”, tal como lo ha señalado la doctrina.

- iii) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿la participación indirecta se predica respecto de todos los tipos de sociedades o por el contrario se limita a las sociedades de personas?”.
- iv) “En caso de que la inhabilidad del literal antes referido aplique en casos de participación directa e indirecta, ¿quedan comprendidos dentro de la inhabilidad los beneficiarios finales de sociedades anónimas de carácter no abierto?”.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las sociedades comerciales se clasifican en dos grandes categorías: sociedades de capital y sociedades de personas. Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-831 de 2010, señaló: “Desde el punto de, vista de la legislación mercantil, las sociedades pueden revestir distintas formas. Dos grandes categorías societarias son: i) las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado ii) las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por



acciones”.

Considerando la clasificación de las sociedades comerciales, en las categorías señaladas –sociedades de capital y sociedades de personas– en relación con las sociedades por acciones simplificadas –SAS– la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en diferentes conceptos, señaló que el artículo 3 de la Ley 1258 de 2018, dispone que esta es una sociedad de capitales y, por lo tanto, no le aplica la prohibición prevista en el literal d), del numeral 2, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior en la medida que una SAS corresponde a un tipo societario diferente a las anónimas y de responsabilidad limitada, además de que no se trata de una sociedad de personas.

Ahora bien, considerando que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva, esto es, solo aplica en las causales previstas en la ley, la norma expresa taxativamente señala el tipo de sociedades que están incurso en esa causal. Así las cosas, en cuanto a las destinatarias de la norma objeto de consulta, abarca de una parte a las corporaciones, asociaciones y fundaciones, así mismo, alude a las sociedades de responsabilidad limitada, las demás sociedades de personas y a las sociedades anónimas, respecto a estas últimas, precisa que se refiere a aquellas que “no tengan el carácter de abiertas”, es decir, que no estén inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores, sin efectuar más precisiones hacia otro tipo de sociedades.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Original Firmado  
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

**Nohelia del Carmen Zawady Palacio**  
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Carlos Mario Castrillon Endo  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Juan David Cárdenas Cabeza  
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual



Departamento Nacional  
de Planeación - **DNP**

**Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente**  
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

[WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO](http://WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO)

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio  
Subdirector de Gestión Contractual ANCP – CCE